ما جرى به العمل عند المالكية

من إعداد الأستاذ : إبراهيم والعيز

باحث في الدراسات الإسلامية-المغرب

إن موضوع ما جرى به العمل يعتبر من أهم الموضوعات التي نالت من فقهاء أئمة المذهب المالكي قسطا كبيرا وحظا وافرا من العناية والاهتمام، فعملوا على إمعان النظر فيها، وبذلوا جهودا جلى في جمعها وتدوينها وتصنيفها وتبويبها حتى يسهل تناولها والاستفادة منها والرجوع إليها من طرف الفقهاء والقضاة لتكون مرجعا وعونا لهم –في استجلاء الأحكام – على ما يعرض عليهم من نوازل وقضايا.

وسأحاول– بإذن الله– أن ألقي الضوء على هذا الموضوع من خلال المباحث التالية :

المبحث الأول : ما جرى به العمل؛ المفهوم والنشأة.

-1- مفهوم ما جرى به العمل.

لقد تعددت تعريفات مالكية الغرب الإسلامي لما جرى به العمل، والذي يستفاد منها جميعها أن ما جرى به العمل هو: "العدول عن القول الراجح أو المشهور إلى القول الضعيف في بعض المسائل رعيا لمصلحة مجتلبة، أو مفسدة مدفوعة، أو عرف جار، مع استقرار القضاء عليه، وعمل القضاة به"[1].

ويفهم من هذا التعريف أن إجراء العمل بناء على القول الضعيف، أو الشاذ إذا تعلقت به مصلحة شرعية معتبرة أمر اجتهادي لا يقوم به إلا من كان أهلا للاجتهاد، وتوفرت فيه شروطه، من العلم بأصول الفقه، والإحاطة

---

[1] - انظر: * تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للمهدي الوزاني. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية. 1422هـ/ 2001م. ج1. ص/ 43.

* مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، للأستاذ علال الفاسي. مكتبة الوحدة العربية- الدار البيضاء، دون ذكر الطبعة وتاريخ الطبع. ص/ 153.

* نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، للأستاذ عبد السلام العسري. طبعة وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للمملكة المغربية. 1417 هـ، 1997م. ص/ 102.

بمقاصد الشريعة، والفهم الشامل لواقع الناس، مع أخذ المآل بعين الاعتبار حين قصد تنزيل الحكم أو الفتوى على النازلة، ذلك أن فتح الذرائع من أجل تحصيل المصالح والاستزادة منها، يتطلب الموازنة بين المصالح والمفاسد حين

تزاحمها، كما يتطلب ترجيح بعضها على الآخر بناء على قواعد وآليات أصلها علماء الأصول. واستحضار هذه الآليات والقواعد حين إجراء العمل هو عين الاجتهاد. قال محمد بن

الحسن الحجوي الثعالبي: "وعليه فالعمل لا يعتمد إلا إذا جرى بقول راجح، أو من قاض مجتهد الفتوى بين وجه ترجيح ما عمل به، لأن المجتهد هو الذي يقدر على تمييز ماهو مصلحة وماهو مفسدة، أو ذريعة إليها ويميز ما هو في رتبة الضرورات أو الحاجيات، وماهو في رتبة التحسينات... "[1].

ويفهم من تعريف ما جرى به العمل أيضا، أن العمل أيا كان داعيه فهو مبني على مذهب الإمام مالك، فإذا كان ملتفتا فيه إلى جلب المصالح فهو على أصله في الاستصلاح، وإذا كان منظورا فيه إلى درء المفسدة فهو على أصله في سد الذرائع، وإذا كان مستنده العرف فهو على أصله في مراعاة العوائد والأخذ بالأعراف.

وينقسم العمل باعتبار الوضع الذي يجري فيه إلى :

-أ- **العمل المطلق**، وهو العمل الذي لا يختص ببلدة واحدة، لأنه في الغالب لا يرتبط بالعرف الخاص بل يكون أساسه، إما العرف العام، أو تبدل المصالح والعلل، أو فساد الزمان، أو تطور الأوضاع. وذلك مثل العمل الأندلسي، والعمل الإفريقي، والعمل المغربي. ويدخل في دائرة العمل المطلق، الأحكام الواردة في مختصر الشيخ خليل، وتحفة الحكام لابن عاصم الأندلسي.

-ب- **العمل المقيد**، وهو الذي يجري في بلد معين، وتراعى فيه البيئة المكانية، فلا يطبق إلا في البلدة التي جرى فيها ذلك العرف الذي استندت إليه الأحكام الجاري فيها العمل. وباختصار، فالعمل المقيد لا يتعدى بلده إلى بلدان أخر، وذلك مثل العمل القرطبي، والعمل الفاسي، والعمل السوسي، والعمل المراكشي، والعمل التطواني.

ولما كان هذا النوع من العمل خاصا غيرمتعد، فقد نص العلامة الزقاق في لاميته على ذكر البلدة فاس حينما استعرض المسائل التي جرى بها العمل في فاس، فقال :

وفي البلدة الغراء فـاس وربـــنا *** يقي أهلها من كل داء تفضلا

جرى عمل باللائي تاتي كما جرى *** بأندلس بالبعض منها فأصلا[2]

ومن أشهر الكتب التي تضمنت العمل الخاص، نظم الشيخ عبد الرحمن الفاسي بالنسبة لفاس، ونوازل العلمي بالنسبة لمناطق اجبالة شمال المغرب، ونوازل العباسي السملالي بالنسبة لمناطق سوس.

---

[1] الفكر السامي، لمحمد بن الحسن الحجوي. بعناية هيثم خليفة طعيمي. ط/ 1. 1427هـ/ 2006م المكتبة العصرية-بيروت- لبنان. ج/ 2. ص/ 709- 710.

[2] - فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، للإمام أبي عبد الله محمد ميارة الفاسي. تحقيق رشيد البكاري. ط/ 1. 1429هـ/ 2008م. المكتبة العصرية-بيروت-لبنان. ص/ 445.

-2- نشأة ما جرى به العمل.

إن ما جرى به العمل نشأ وترعرع على ما يبدو من المراجع التي اعتنت بالموضوع في حواضر الغرب الإسلامي، وكانت بداياته الأولى في القرنين الرابع والخامس الهجريين[1] في ديار الأندلس التي ازدانت حواضرها بفقهاء كبار كان لهم من سعة الأفق ووفور العلم ما أسعفهم على النهوض بفقه القضاء ومواجهة النوازل بفكر ثاقب وقاد.

أما في المغرب فإن تحديد بداية الأخذ بفقه العمل صعب وعسير جدا، غير أن القرائن ناهضة على أن الفقهاء ركنوا إليه في غضون القرن الثامن الهجري، إذ كان العمل بشهادة اللفيف[2] جاريا آنذاك. ويدل على ذلك جواب أبي الحسن الصغير (ت؛ 719هـ) حين سئل عن رسم شهد فيه أحد وثلاثون رجلا، يكتفى فيه بهذا العدد أم لابد من عدلين؟ فأجاب: **لابد من عدلين أو ينتهي إلى حد التواتر**[3].

وقد جنح إلى هذا- ظهور العمل في المغرب في ق8هـ - الدكتور عمر الجيدي وعلل ظهور فقه العمل في المغرب -في هذا الوقت بالذات- باستقلال المغرب في التشريع بعد انكماش ظل الإسلام في الديار الأندلسية ونزوح علمائها إلى العدوة المغربية[4]. وقد استروح للرأي ذاته الأستاذ الدكتورعبد الكبير العلوي المدغري[5].

وبعد هذه الفترة راحت التواليف والأنظام تتوالى في ما جرى به العمل إلى يومنا هذا، فألف العربي الفاسي (ت 1052هـ) رسالة فيما جرى به العمل من شهادة اللفيف[6]، وألف محمد بن أحمد ميارة (ت.1072هـ) كتابا في مسألة الصفقة سماه؛ **"تحفة الأصحاب والرفقة ببعض مسائل بيع الصفقة"**[7]، وعقد أبو الحسن الزقاق (ت: 912هـ) فصلا مستقلا في لاميته لما جرى به العمل في فاس[8]، كما نظم الشيخ عبد الرحمن الفاسي (ت 1096 هـ)، نحو ثلاثمائة مسألة مما جرى به العمل في فاس[9].

المبحث الثاني : شروط إثبات ماجرى به العمل عند المالكية.

لما كان الأخذ بما جرى به العمل من الأمور المختلف فيها بين العلماء، وكانت الكفة الغالبة هي كفة القائلين بضرورة الأخذ به، نظرا لحاجة الناس إليه، خصوصا لما تعقدت مشاكل الحياة، وظهرت مسائل ونوازل لم تكن معهودة من قبل.

---

[1] - الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي. ج/ 2. ص/ 708- 711. و تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، للمهدي الوزاني ج/1. ص/ 10- 13.

[2] - وهي أن يأتي المشهود له باثني عشر رجلا كيفما اتفق من اجتماع أو افتراق إلى عدل منتصب للشهادة فيؤدون شهادتهم عنده، فيكتب رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثم يكتب رسما آخر أسفل الرسم نفسه، ثم يضع عدلان أسماءهما في أسفل الرسم الثاني. وسميت هذه الشهادة باللفيف، لاجتماع من يصلح للشهادة فيها ومن لا يصلح مع اختلاط الناس، وكأنما لف بعضهم إلى بعض.

[3] - نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب في إطار المذهب المالكي، للأستاذ عبد السلام العسري. ص/ 338.

[4] - العرف والعمل في المذهب المالكي، للدكتور عمر الجيدي. مطبعة فضالة، المغرب. ط/ 1404 هـ/ 1984. ص/ 351.

[5] - مقدمة الأستاذ عبد الكبير العلوي المدغري لكتاب: نظرية الأخذ بما جرى به العمل في المغرب. ص/ 4 .

[6] - طبع في المغرب بتحقيق الفقيه محمد بوخبزة الحسني.

[7] - طبع في المغرب بتحقيق الأستاذ عبد السلام حادوش، الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بطنجة، طبعة دجنبر 1995.

[8] - شرح لامية الزقاق: الشيخ التاودي، ووضع على شرحه العلامة المهدي الوزاني حاشية، وشرح لاميته كذلك، الشيخ ميارة وسمى شرحه، فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق. وكلها مطبوعة.

[9] - شرح هذا النظم الناظم نفسه ولم يتمه، وشرحه كذلك أبو عبد الله السجلماسي، والمهدي الوزاني في تحفة أكياس الناس، وعبد الصمد كنون في: جنى زهر الآس في شرح نظم عمل فاس. وهذه الشروح إما مطبوعة متداولة أو مطبوعة على الحجر.

وخوفا من وقوع الانزلاق في أحكام الشريعة الإسلامية بدعوى ما جرى به العمل، فإن علماء المذهب المالكي الأجلاء اشترطوا شروطا دقيقة لقبول الأخذ بما جرى به العمل في القضاء والإفتاء، ومن تلك الشروط[1]:

أ- **التأكد من صدور العمل عن صاحبه** : وذلك سدا للأبواب على كل أفاك كذاب، أو مغرض متلاعب بشرع الله، لاسيما وأن العمل أضحى في بعض الأحيان سلاحا يضرب به في صدر الأدلة.

ب- **أن يكون صادرا من الأئمة المقتدى بهم** : إن العمل لما كان فرعا عن شجرة الاجتهاد، اشترط الفقهاء في إثباته؛ أن يكون صادرا عن أئمة مقتدى بهم في العلم والحال، ومن قصر عن مدارك الاختيار وافتقر إلى آلة الترجيح فباب العمل دونه مسدود، وهو عنه بمعزل، إذ لا يتاح تقديم العمل على المشهور أو الراجح إلا بموجب شرعي يرجع تقديره إلى المجتهد.

ج- **معرفة زمان العمل ومكانه** : لأن ما ثبت جريان العمل به، ربما يكون مقصورا على زمان ومكان معينين، لخصوصية استوجبت ذلك فيهما، لذا اشترطت معرفة السبب الذي أوجب ذلك، لأنه الأساس الذي يقوم عليه العمل، بحيث إذا انعدم انعدم معه لا محالة، وما يلائم الناس في زمان ومكان معين قد لا يلائمهم في غيره.

د- **أن يكون العمل جاريا على قواعد الشرع** : والمقصود أن يكون العمل مبنيا على جلب مصلحة، أو دفع مفسدة، أو مراعاة ضرورة، ذلك أن العمل لا يقدم على المشهور عند التزاحم إلا بالالتفات إلى المدرك الذي تقوى به، وإلا كان زورا من القول وضربا من الهوى والتشهي.

هـ- **معرفة موجب العدول عن المشهور**: هل هو المصلحة الراجحة أو الضرورة الملجئة أم حسم وسائل الفساد؟ وذلك حتى إذا زال الموجب عاد الحكم إلى أصله، لأن العلة تدور مع المعلول وجودا وعدما كما تقرر في علم الأصول. ومعرفة الموجب تراعى كذلك، حتى نعرف مستند القول الذي جرى به العمل، هل يقوى إلى مرتبة إجراء العمل أم لا؟ لأن

العمل إذا كان مستنده شديد الضعف لا عبرة به. وذلك مثل؛ جريان العمل بترك اللعان وحرمان الزوج منه، مع العلم أن النص القرآني صريح في اللعان والعمل به.

و- **أن يتابع القضاة والمفتون المشهود لهم بالكفاءة والعلم هذا القاضي أو المفتي على الحكم الذي أجرى فيه العمل**: إن الذي يجري العمل لما تعرض عليه مسألة أو نازلة، لا يخلو أمره إما أن يكون من أهل الترجيح والعلم والنظر والاختيار بين الأقوال المتعارضة، وإما أن يكون مقلدا لا قدرة له على الترجيح ولا على الاختيار بين الأقوال المتعارضة. وإذا كان من أهل الترجيح ومن لهم أهلية الاختيار واختار للخروج من الإشكال الذي وقع فيه أن يعمل بالقول الضعيف ويترك القول المشهور الراجح، وهنا لا يخلو الأمر؛ إما أن يرفض القضاة والمفتون متابعته على هذا الحكم، ويبقى حكمه فرديا لا عبرة به، وإما أن يختاروا متابعته عليه، فيتواردون على نفس الاجتهاد الذي قام به وعلى ترك المشهور والراجح والأخذ بالقول الضعيف. وهنا ينشأ الأصل المعتبر لدى متأخري المالكية في حواضر الغرب الإسلامي، **ألا وهو ما جرى به العمل**.

---

[1] ـ ينظر ذلك إجمالا في : تحفة أكياس الناس.

المبحث الثالث : تطبيقات فقهية لفقه ماجرى به العمل في المغرب.

هناك مسائل كثيرة جرى فيها القول بخلاف المشهور في الفقه المالكي، وأكتفي في هذا المقام بذكر مسألتين اثنتين:

-1- مسألة الغسل بالصابون الذي صنعه أهل الكتاب : الأصل في اليهود والنصارى عدم التحفظ من النجاسة، ويكون ما صنعوه -تبعا لذلك- ربما مخلوطا بالنجاسة فصار من المفروض ألا يباح استعماله. والصابون من مصنوعاتهم، والعمل الفاسي-في المغرب- جرى بجواز استعمال الصابون الذي صنعوه في الغسل والتطهير قياسا على حلية طعامهم المنصوص عليه في القرءان الكريم، وتغليبا كذلك لجانب الطهارة على غيرها، وتقديما للنادر على الغالب رحمة بالعباد، ودفعا للضرر والحرج عنهم عملا بقاعدة **"لا ضرر ولا ضرار"**.

وبما جرى به العمل الفاسي في هذه المسألة، كان يفتي الشيخ عبد القادر الفاسي، وتبعه على ذلك قضاة ومفتو عصره. قال العلامة عبد الرحمن الفاسي :

والغسل بالصابون قد صنعه ***أهل الكتــاب ولتجوز بيعــه
أفتى به والدنا فحصــــلا***من قوله الإجماع لما استعملا[1].

-2- مسألة النظر إلى عورة المرأة: المعروف في المذهب وغيره، أن المرأة تصدق في داء فرجها، وفي بكارتها، فيما إذا ادعى الزوج أنه وجد بها عيبا، أو أنها ثيب، ولا ينظر إليها النساء. لكن بعض العلماء في المذهب المالكي، خالف ذلك وأفتى بجوار نظر النساء إلى عورة المرأة عند الضرورة، وعد هذا الرأي في المذهب من قبيل الشاذ. وجرى العمل في فاس حاضرة المذهب المالكي في المغرب بالقول الشاذ، وجوز للنساء النظر إلى عورة المرأة حينما يدعو داع إلى ذلك، وعلى هذا نص الزقاق في لاميته بالقول:

والفرج للـــنسوة انجلا[2]

وتبعه في ذلك صاحب العمل الفاسي في نظمه :

وجاز للنسوة للفرج النظر***من النساء إن دعا له ضرر[3]

وعليه، فلو ادعى الزوج أن بفرج امرأته عيبا يوجب له الخيار، في الإبقاء وعدمه، وأنكرته، واحتيج إلى إثباته، فإن للقاضي أن يمكن من يوثق بخبرهن من النساء -لدينهن ومعرفتهن- النظر لفرجها، وذلك للضرورة الداعية. ولا تصدق الزوجة بعد ذلك في نفيه، **"**لأنها تتهم في أن تدفع عن نفسها، فالشهادة على ذلك ضرورة لتعلق حق الغير**"**[4].

---

[1] - تحفة أكياس الناس، للمهدي الوزاني. ج/ 1. ص/ 32.

[2] فتح العليم الخلاق في شرح لامية الزقاق، للشيخ ميارة. ص/447.

[3] -تحفة أكياس الناس. ج/ 1. ص/ 26.

[4] - فتح العليم الخلاق. ص/ 451.

وواضح أن مبنى المسألة على مراعاة الضرورة، والقاعدة قضت أن الضرورات تبيح المحظورات. ولقد علق الدكتور الجيدي على هذا الأمر، فقال، "هكذا كان العمل جاريا، أما الآن فقد حل الطب المشكل، وأصبح كل من المرأة والرجل يعرضان على الطبيب في كل ما يتعلق بعيوب الزوجين، ولعل في أقوال المتأخرين[1] ما يبرر عملهم"[2].

المبحث الرابع : أثر فقه ماجرى به العمل في النهوض بالقضاء في المذهب المالكي.

لاشك أن أخذ القاضي المالكي بفقه ما جرى به العمل–مع تقيده بالضوابط الشرعية المشار إليها– عاد على القضاء بعوائد الخير من ثلاثة وجوه:

– الأول : ارتياد القاضي لآفاق البحث والنظر، وأخذه بطرائق الموازنة والتغليب،

وتخلصه من الجمود على تركة المذهب، والتعصب للمشهور المسطر فيه.

– الثاني : إمداد القاضي بآلة الاجتهاد المآلي؛ ذلك أن حياده عن المشهور قد يكون في بعض الأحيان التفاتا إلى خصوصية الزمان وخصوصية المكان، باعتبارهما وعاءين مؤثرين في الحكم المراد تنزيله على الواقع، وأكثر ما يتجلى هذا النظر المآلي الراشد في تلك المواضع التي يجري فيها الأخذ بما جرى به العمل، درءا لمفسدة راجحة.

– الثالث : تطوير المذهب الفقهي الذي يدين به القاضي نفسه، عن طريق تأصيل فقهي عملي يعتد بتغيرات الواقع، ويراعي أعراف الناس، ويلتفت إلى مآلات الأمور، وهذا كله صنيع اجتهادي حلو الجنى، جار على مقاصد الشريعة.

---

[1] - لعله يشير إلى ماجرى به عمل فاس، وهو قول من أقوال المتأخرين.

[2] - العرف والعمل في المذهب المالكي. ص/ 436.